

Mateusz Podhalicz¹

Niemiecki przepis na upadłość – studium prawa niemieckiego w kontekście definicji zagrożenia niewypłacalnością

Streszczenie:

Jedną z przesłanek wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego jest zaistnienie po stronie dłużnika zagrożenia niewypłacalnością. Ustawodawca nie zdecydował się jednak na ściśle określenie zakresu znaczeniowego tego pojęcia, albowiem w jego definicji legalnej posłużył się pojęciami nieostrymi oraz niejednoznacznymi. Z uwagi na skąpość praktyki stosowania tego przepisu w praktyce, konieczne wydaje się pomocnicze sięgnięcie do doświadczeń niemieckich, gdzie analogiczne pojęcie funkcjonuje w prawie upadłościowym już od lat 90. XX w. i gdzie wypracowano szczegółowy sposób oceny spełnienia przesłanki zagrożenia niewypłacalnością, który z powodzeniem może zostać przeniesiony na grunt stosowania prawa w Polsce.

Słowa kluczowe: postępowanie restrukturyzacyjne, zagrożenie niewypłacalnością, analiza prawnoporównawcza, prawo niemieckie, Insolvenzverfahren (niemieckie prawo upadłościowe)

German Recipe for Insolvency – Study of German Law Concerning the Notion of Risk of Insolvency

One of prerequisites of launching restructuring procedures is risk of insolvency of the debtor. The legislator did not choose to clarify the scope of meaning of this term, as its legal definition contains many underdefined and unequivocal terms. Given the scarcity of jurisprudence, which could explain its meaning, it seems necessary to take a look at experience of German legal practice. In Germany since the 1990's has existed a regulation similar to the risk of insolvency. On the basis of these regulations assessment method of the

¹ Magister prawa, doktorant na Uniwersytecie Łódzkim, kierunku prawo, rozprawę doktorską przygotowuje w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa, mp.podhalicz@gmail.com, ORCID 0000-0002-0605-2050.

risk of insolvency was developed, which can successfully be also used in Polish restructuring procedures.

Key words: restructuring procedures, risk of insolvency, comparative analysis, German law, Insolvenzverfahren (German insolvency proceedings)

1. Wstęp

Ustawa z 15.5.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne² stanowiła małą rewolucję w kontekście przepisów regulujących sytuacje dłużników borykających się z niepowodzeniami gospodarczymi. Ustawodawca zdecydował o odrębnym uregulowaniu dwóch rodzajów postępowań – postępowania mającego na celu uratowanie dłużnika przed likwidacją (regulowane w ustawie prawo restrukturyzacyjne) oraz postępowanie czysto likwidacyjne (regulowane w ustawie prawo upadłościowe³). Celem całej reformy, a szczególnie ustawy prawo restrukturyzacyjne było stworzenie ram instytucjonalno-prawnych dla zapobiegania powstaniu niewypłacalności po stronie dłużników oraz wspierania ich w trudnościach ekonomicznych. Aby zrealizować ten cel, ustawodawca przewidział, że postępowanie restrukturyzacyjne (stanowiące istotne ułatwienie w prowadzeniu działalności gospodarczej) może być otwarte nie tylko względem dłużnika niewypłacalnego, ale także takiego, któremu niewypłacalność zagraża.

Pojęcie zagrożenia niewypłacalnością ustawodawca zdefiniował w art. 6 ust. 3 PrRest w następujący sposób: „przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny”. Warto zwrócić uwagę, że wniosek o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego opartego na powyższej podstawie, może złożyć jedynie dłużnik⁴.

Inaczej niż w przypadku niewypłacalności, ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie w tym zakresie żadnego rodzaju domniemania, ani konkretyzacji pojęcia zagrożenia. Jednocześnie należy podkreślić, że definicja legalna „stanu zagrożenia niewypłacalnością” zawiera w sobie jednocześnie pojęcia o charakterze nieostrym i niedookreślonym⁵. W tym miejscu można wyrazić wątpliwość, czy jest to zabieg zasadny z punktu widzenia techniki prawodawczej. Jak wynika z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.6.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” oraz z poglądów wyrażanych w literaturze⁶, definicje legalne mają służyć zwiększeniu precyzji tekstu prawnego. Celu tego z pewnością nie realizuje należycie zastosowanie takich

² Ustawa z 15.5.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. 2015, poz. 978), dalej: PrRest.

³ Ustawa z 28.2.2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz.U. 2016, poz. 2171), dalej: PrUpad.

⁴ Co wynika z wykładni art. 7 ust. 1 PrRest w zw. z art. 283 ust. 2 PrRest; podobnie – P. Filipiak, *Podstawy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego* [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego. Tom 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2020, s. 75.

⁵ Por. M. Zieliński, M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, s. 189–190.

⁶ Por. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20.6.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. 2002, nr 100, poz. 908); S. Wronkowska, M. Zieliński, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 13 i nast.

wyrażeń nieostrych, jak „sytuacja ekonomiczna wskazuje” lub „w niedługim czasie”. Nie wiadomo bowiem, jaki należy przyjąć horyzont czasowy dla przeprowadzenia prognozy sytuacji ekonomicznej dłużnika, ani też które aspekty działalności gospodarczej uwzględnić (np. czy należy uwzględniać jedynie istniejące zobowiązania dłużnika, czy również zobowiązania potencjalne, przyszłe itd.). Oczywiście przepisy rozporządzenia dotyczące zasad techniki prawodawczej, jak nazwa wskazuje, odosłają się do kwestii technicznych. Jednakże z drugiej strony zasady te zostały sformułowane, aby zapobiec sytuacji, w której tekst prawny jest na tyle dwuznaczny i niejasny, że otwiera pełną dowolność jego interpretacji.

Ryzyko, że tak się stało w kontekście definicji pojęcia zagrożenia niewypłacalnością, jest bardzo realne. Należy zauważyć, że wskazana wcześniej definicja legalna pojęcia „zagrożenia niewypłacalnością” jest nadmiernie szeroka, co może prowadzić do zaistnienia wielu, potencjalnie wzajemnie sprzecznych interpretacji. Nawet jeżeli celem ustawodawcy było zagwarantowanie elastyczności pojęcia, wydaje się, że brak jakichkolwiek wskazań co do cech, jakie powinna spełniać „sytuacja ekonomiczna, wskazująca na powstanie niewypłacalności w niedługim czasie” świadczy o wadliwości regulacji. Nie należy zapominać, że prawo wiąże z wszczęciem postępowania restrukturyzacyjnego wiele następstw korzystnych z punktu widzenia dłużnika. Na jego skutek znaczna część zobowiązań dłużnika obejmowana jest szczególnym reżimem prawnym, który ma na celu ułatwienie dłużnikowi ich spełnienie w dłuższej perspektywie czasowej⁷. Do ułatwień tych należy zawieszenie postępowań egzekucyjnych, zawieszenie możliwości dochodzenia świadczeń objętych układem oraz bezskuteczność postanowień umownych, które utrudniają cele postępowania restrukturyzacyjnego. W świetle braku precyzyjnej definicji zagrożenia niewypłacalnością, każdy dłużnik będzie mógł podjąć próbę skorzystania z opisanych wyżej ułatwień, argumentując, że jest zagrożony wystąpieniem niewypłacalności w niedługim czasie. Ponadto, zgodnie z poglądami niektórych przedstawicieli doktryny, uzasadnienie takiego stanu będzie relatywnie proste. Wskazuje się, że wystarczające będzie wykazanie utraty ważnego potencjalnego kontraktu lub nieudana inwestycja⁸. Warto nadmienić, że w skrajnych przypadkach spreparowanie dowodów też nie powinno nastręczać większych trudności przedsiębiorcy zainteresowanemu wszczęciem restrukturyzacji. W świetle powyższych rozważań istnieje ryzyko, iż nowa definicja zagrożenia niewypłacalnością i możliwości, jakie z niej wynikają, okaże się zaproszeniem do nadużycia prawa, nie zaś jedynie

⁷ Por. R. Adamus, *Materiałnoprawne skutki wszczęcia postępowań restrukturyzacyjnych* [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego. Tom 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2020, s. 158; R. Adamus, *Bezskuteczność i zaskarżanie czynności upadłego w Prawie upadłościowym i naprawczym* [w:] *Instytucje prawa upadłościowego i naprawczego*, red. A. Witosz, Katowice 2006; R. Adamus, *Dług równoległy a dług układowy*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 9; R. Adamus, *Dochodzenie roszczeń z tytułu czynności upadłego bezskutecznych z mocy prawa*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16; R. Adamus, *Hipoteka przymusowa a zabezpieczenie należności powstałych po ogłoszeniu upadłości*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 2; R. Adamus, *Problematyka odsetek od wierzytelności układowych po ogłoszeniu upadłości*, „Jurysta” 2012, nr 7–8.

⁸ P. Filipiak, *Podstawy...*, s. 75.

instrumentem mającym na celu wsparcie uczciwych przedsiębiorców znajdujących się w kłopotach finansowych.

W tym stanie rzeczy konieczne wydaje się dokonanie próby konkretyzacji kryteriów oceny, czy dłużnik istotnie znajduje się w stanie zagrożenia niewypłacalnością. Nieocenioną pomoc w tym zakresie mogą zaoferować doświadczenia niemieckich praktyków prawa i przedstawicieli nauki niemieckiej na gruncie niemieckiej ustawy dotyczącej upadłości, tj. *Insolvenzordnung*⁹. Będą one miały szczególną wartość naukowo-poznawczą z uwagi na to, że niemiecki odpowiednik art. 6 ust. 3 PrRest jest bardzo zbliżony do regulacji polskiej. 21 lat stosowania przepisu na gruncie prawa niemieckiego (ustawa weszła bowiem w życie dopiero w 1999 roku) przyniosło znaczny dorobek orzeczniczy i doktrynalny. Skorzystanie z tego dorobku z pewnością okaże się pomocne z punktu widzenia analizy pojęcia „zagrożenia niewypłacalnością”. Wreszcie zostanie przedstawiony punkt widzenia przedstawicieli doktryny polskiej, choć już w tym miejscu należy podkreślić, że jak dotąd zagadnieniu temu nie poświęcono w piśmiennictwie zbyt wiele miejsca¹⁰. Z kolei w krótkim okresie stosowania regulacji nie wytworzyło się także orzecznictwo w kwestii wykładni pojęcia. Na koniec zostanie przedstawiona autorska propozycja wykładni pojęcia, oparta w istotnej mierze na dokonaniach nauki niemieckiej, z uwzględnieniem różnic.

2. Zagrożenie niewypłacalnością – analiza na gruncie prawa niemieckiego

W przywołanej już ustawie regulującej zagadnienia prawa upadłościowego w Niemczech, tj. *Insolvenzordnung*, zagrożenie niewypłacalnością jest regulowane w § 18 ustawy. Zgodnie ze wskazaną regulacją: „(1) jeżeli dłużnik wnioskuje o otwarcie postępowania upadłościowego, podstawą otwarcia postępowania jest również zagrożenie niewypłacalnością” oraz „(2) dłużnik jest zagrożony niewypłacalnością, jeżeli prawdopodobnie nie będzie w stanie wykonać istniejących zobowiązań w momencie ich wymagalności”¹¹. Warto zwrócić uwagę na podobieństwo powyższej regulacji z art. 6 PrRest – zgodnie z którym „przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje, że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny”. W regulacji niemieckiej brakuje co prawda wskazania, iż badana powinna być sytuacja ekonomiczna dłużnika, lecz należy założyć, iż jest to domniemane. Obie regulacje *expressis verbis* wskazują na prawdopodobną niemożność spełnienia wymagalnych zobowiązań jako definicję zagrożenia niewypłacalnością. Jedyną istotną różnicą między ww. przepisami jest kwestia horyzontu czasowego prognozy sytuacji finansowej dłużnika. Przepis § 18 InsO nie wprowadza stałej i określonej granicy cza-

⁹ *Insolvenzordnung* z 5.10.1994 r., BGBl 1994, nr. I S., poz. 2866, dalej: InsO.

¹⁰ Por. P. Zimmerman [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Lex./el. 2016, komentarz do art. 6, gdzie autor podnosi, że art. 6 nie przyniósł żadnej merytorycznej zmiany względem swego poprzednika, tj. art. 492 Ustawy z 28.2.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. 2003, nr 60, poz. 535 ze zm.).

¹¹ Tł. wł.: § 18, (1) *Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund.*
(2) *Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.*

sowej prognozy, podczas gdy polski odpowiednik § 18 InsO wymaga, aby prognoza dotyczyła niedługiego okresu. Niezależnie od tego również piśmiennictwo i orzecznictwo niemieckie wskazuje, iż istnieje maksymalny horyzontu czasowy, po upływie którego nie należy wskazywać zagrożenia niewypłacalnością. Tym samym ustalenia dokonane przez przedstawicieli nauki prawa niemieckiego mogą stać się przydatne również dla rozumienia pojęcia „niedługiego okresu”.

W niniejszej prezentacji dokonań nauki prawa niemieckiego poruszone zostaną kolejno te kwestie dotyczące § 18 InsO, które są istotne z uwagi na wątpliwości natury praktycznej, które wywołuje wskazana wyżej definicja legalna zagrożenia niewypłacalnością na gruncie ustawy PrRest. Pierwszym z zagadnień będzie ocena regulacji niemieckiej z punktu widzenia polityki prawnej i jej skuteczności w realizacji celów określonych przez niemieckiego ustawodawcę. Kolejnym zagadnieniem będzie ocena poziomu prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności, który jest wymagany do przyjęcia, iż przedsiębiorca jest zagrożony niewypłacalnością. Następnie zostanie wskazane, które aspekty działalności gospodarczej nauka niemiecka wskazuje jako podstawę do przeprowadzenia racjonalnej prognozy wypłacalności przedsiębiorcy (przykładowo: które zobowiązania przedsiębiorcy należy uwzględnić, a które pominąć etc.) oraz jaka metodologia ustalania zagrożenia jest zalecana. Wreszcie zostanie poruszone zagadnienie maksymalnego horyzontu czasowego racjonalnej i rozsądnej prognozy zmiany stanu wypłacalności dłużnika.

3. Ocena regulacji z punktu widzenia polityki prawnej

Jeżeli chodzi o ocenę regulacji niemieckiej z punktu widzenia polityki prawnej, § 18 InsO oceniany jest negatywnie. Przede wszystkim wskazuje się, że regulacja nie spełniła pokładanych w niej nadziei¹² dotyczących ułatwienia restrukturyzacji zagrożonych niewypłacalnością przedsiębiorstw¹³. Pomimo iż teoretycznie złożenie wcześniejszego wniosku o przeprowadzenie restrukturyzacji wiąże się z wieloma ułatwieniami dla dłużnika (wstrzymanie egzekucji, możliwość umorzenia części zadłużenia, możliwość zaproponowania planu restrukturyzacji, większa możliwość uzyskania zgody na sprawowanie samodzielnego zarządu przedsiębiorstwem¹⁴), restrykcyjna praktyka orzecznicza sądów upadłościowych zniechęciła przedsiębiorców do korzystania z tej możliwości. Szczególnie istotny jest fakt, iż sądy niemieckie stosunkowo rzadko uwzględniają wnioski o przyznanie dłużnikowi prawa do dalszego zarządzania przedsiębiorstwem,

¹² U. Schmerbach [w:] *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung: FK-InsO*, red. K. Wimmer, Frankfurt 2015, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 34; H.F. Mueller [w:] *Insolvenzordnung Band 1: §§ 1 – 55*, red. E. Jaeger, Berlin 2004, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 25.

¹³ W. Uhlenbruck [w:] *Insolvenzordnung. Kommentar*, red. W. Uhlenbruck, München 2016, Kommentar zu § 18 InsO; P. Gottwald, W. Uhlenbruck, U. Gundlach, *InsolvenzrechtsHandbuch*, München 2010, nb. nr 17 do § 6; Uzasadnienie projektu ustawy ESUG, BTDrucks., poz. 17/5712, <<https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/057/1705712.pdf>>, [dostęp: 9.06.2020 r.], s. 17–18.

¹⁴ J. Drukarczyk [w:] *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO Band 1: §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV)*, red. H. Kirchhof, R. Stürner, H. Eidenmüller, München 2013, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 22.

co sprawia, że złożenie wczesnego wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego niesie te same skutki, co złożenie go w przypadku wystąpienia niewypłacalności, a jednocześnie z dużym prawdopodobieństwem doprowadzi do szybszej utraty kontroli nad przedsiębiorstwem.

Niektórzy z autorów wysuwają dalsze zarzuty względem regulacji. K. Schmidt wskazał, że norma zawarta w § 18 InsO oparta jest na „chwiejnych podstawach” prawnopolitycznych i że w głównej mierze jest wykorzystywana przez spółki kapitałowe dążące do przedłużenia postępowania oraz uzyskania korzyści finansowych na drodze nadużycia omawianej normy prawnej¹⁵. Niektórzy autorzy wskazują jednak, że ryzyko nadużycia regulacji jest marginalne, gdyż wszczęcie postępowania upadłościowego w złej wierze prowadzi do bardzo negatywnych skutków dla samego przedsiębiorstwa, w związku z czym nie jest opłacalne podejmowanie podobnych kroków¹⁶. Tożsame stanowisko reprezentuje niemiecki Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof* – dalej: BGH)¹⁷, wskazując, że jedynie w ekstremalnych przypadkach można rozważać, czy złożenie wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego przez przedsiębiorcę może stanowić nadużycie prawa, gdyż co do zasady służy pozytywnemu celowi, jakim jest naprawa sytuacji finansowej przedsiębiorcy na jak najwcześniejszym etapie (która to naprawa może zakończyć się albo likwidacją przedsiębiorstwa, albo jego restrukturyzacją). Wydaje się, że z dwóch przyczyn za trafne należy uznać pierwsze stanowisko. Po pierwsze, nawet jeżeli działania przedsiębiorcy zmierzają do wczesnej naprawy swojej sytuacji finansowej, np. na drodze restrukturyzacji, nie oznacza to, że odbywa się to bez pokrzywdzenia dla wierzycieli. Ponadto można wyobrazić sobie sytuację, w której co prawda upadły przedsiębiorca ponosi stratę, lecz w wyniku wywołanego postępowania upadłościowego korzyść odnoszą członkowie organów lub właściciele spółki, co z kolei dzieje się z pokrzywdzeniem wierzycieli.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że przedstawiciele doktryny niemieckiej wskazują, że porażka ustawodawcza w zakresie niestosowania w sposób zamierzony § 18 InsO wynika z braku systemu realnych zachęt oferowanych przedsiębiorcom i z restrykcyjnej działalności orzeczniczej sądów. Jeżeli zaś chodzi o nadużywanie regulacji przez nieuczciwych przedsiębiorców, przy założeniu, iż nadużycie takie jest możliwe, można wskazać, że przyczyną takiego stanu rzeczy jest w pierwszej kolejności znaczna niedookreśloność przesłanek zawartych w normie oraz brak instrumentów prawnych zapobiegających nadużyciom. Z uwagi na powyższe należy wyrazić uzasadnioną obawę

¹⁵ K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung. Kommentar*, München 2016, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 7; M. Brinkmann, *Der strategische Eigenantrag – Missbrauch oder kunstgerechte Handhabung des Insolvenzverfahrens?*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2014, s. 197–200; S. Madaus, *Schutzschirme für streitende Gesellschafter? Die Lehren aus dem Suhrkamp-Verfahren für die Auslegung des neuen Insolvenzrechts*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2014, s. 500 – dwie ostatnie pozycje zostały opublikowane w związku z postępowaniem upadłościowym wszczętym na wniosek Suhrkamp Verlag – i wywołało nierozwiązaną dotąd debatę na temat możliwości zaistnienia nadużycia prawa w przypadku złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego.

¹⁶ Por. K.J. Delaney, *Strategic Bankruptcy*, Los Angeles 1998, s. 164, <<https://ssrn.com/abstract,2429438>> lub <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2429438>>, [dostęp: 5.05.2017 r.].

¹⁷ Postanowienie BGH z 19.5.2011 r., IX ZB 214/10, NZI 2011, 540.

co do polskiego postępowania restrukturyzacyjnego ze względu na możliwość podzielenia losu niemieckiej regulacji. Zapobiegnięcie takiej sytuacji może być dokonane zarówno na drodze racjonalnej, teleologicznej wykładni, jak również poprzez odpowiednią interwencję ustawodawcy.

4. Poziom prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności

Odnosząc się do kolejnej kwestii, tj. poziomu prawdopodobieństwa wystąpienia stanu niewypłacalności wymaganego, aby uznać przedsiębiorcę za zagrożonego niewypłacalnością, warto podkreślić, że w nauce ekonomii zjawisko to nazywane jest ryzykiem niewypłacalności. Ryzyko definiuje się bowiem jako prawdopodobieństwo wystąpienia danego zjawiska i, co do zasady, istnieją metody ilościowe stosowane, aby ustalić jego poziom¹⁸. Celem ułatwienia omówienia niniejszego zagadnienia w niniejszym opracowaniu stosowane będzie właśnie pojęcie ryzyka niewypłacalności dla opisywania prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności. Zarówno na podstawie dokonań doktryny, jak i orzecznictwa niemieckiego, pozostaje bezsporne, iż ryzyko niewypłacalności istnieje zawsze (choćby w najmniejszym stopniu), co wynika z natury uwarunkowań gospodarki wolnorynkowej¹⁹. W związku z tym należy przyjąć minimalny poziom ryzyka, konieczny by uznać przedsiębiorcę za zagrożonego wystąpieniem niewypłacalności. Stosownie do jednolitego stanowiska wyrażanego przez przedstawicieli nauki prawa niemieckiego wystąpienie niewypłacalności musi być przynajmniej bardziej prawdopodobne, niż jego uniknięcie – a zatem ryzyko niewypłacalności musi wynosić powyżej 50%²⁰. Co więcej, część autorów podkreśla, że im bardziej oddalone w czasie znajduje się prognozowane wystąpienie niewypłacalności, tym wyższego ryzyka należy wymagać, aby uznać przesłankę za spełnioną²¹. Stanowisko to należy uznać za słuszne, gdyż im dalszy okres prognozowania, tym większa szansa popełnienia błędu w ustaleniu ryzyka niewypłacalności. Co prawda wniosek taki nie wypływa z wykładni słownej przepisu, lecz można go wyprowadzić na drodze wykładni teleologicznej, której celem winno być zawężanie możliwości ogłoszenia upadłości na mocy zagrożenia niewypłacalnością²².

Ustaliwszy minimalny poziom ryzyka, jaki musi wystąpić, aby uznać przedsiębiorcę za zagrożonego niewypłacalnością, należy następnie udzielić odpowiedzi na pytanie, jaką metodologię, według niemieckiej nauki prawa, należy przyjąć w celu ustalania ryzyka wystąpienia zagrożenia niewypłacalnością. Wskazuje się²³, iż w celu wykazania

¹⁸ W.G. Sullivan, E.M. Wicks, C.P. Koelling, *Engineering Economy*, New Jersey 2015.

¹⁹ K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 19.

²⁰ U. Schmerbach [w:] *Frankfurter...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 22; wyrok Landsgericht Hamburg z 16.3.2015 r., ZInsO 2015, 857 f; J. Drukarczyk [w:] *Münchener...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 22.

²¹ Tak: U. Schmerbach [w:] *Frankfurter...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 23; przeciwnie: K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 19, który wskazuje, iż brak jest podstawy normatywnej, aby przyjąć taki wniosek.

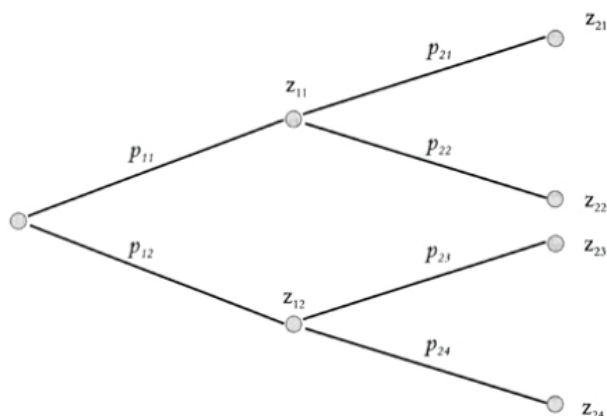
²² K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 19.

²³ Wyrok BGH z 29.4.2010 r., III StR 314/09 NZI 2010, 698, 702, ZInsO 2010, 1383; K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 22; J. Drukarczyk [w:] *Münchener...*, Kommentar

poziomu zagrożenia niewypłacalnością co do zasady konieczne jest stworzenie planu finansowego obejmującego cały okres prognostyczny (poniżej zostaną zaprezentowane kwestie dotyczące długości okresu prognostycznego). J. Drukarczyk przedstawia graficznie sposób tworzenia takiego planu²⁴.

WYKRES 1.

GRAFICZNE PRZEDSTAWIENIE METODOLOGII TWORZENIA PLANU FINANSOWEGO PRZEZ PRZEDSIĘBIORĘ



Za: J. Drukarczyk [w:] *Münchener...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 22, gdzie:

z_1 – dzień tworzenia planu

z_{11}, z_{12} – sytuacja finansowa na ostatni dzień bieżącego roku obrotowego

z_{21}, z_{22} – sytuacja finansowa na ostatni dzień przyszłego roku obrotowego

p_{11}, p_{12}, \dots – prawdopodobieństwo spełnienia się danego założenia w planie finansowym

Oczywiście powyższy model zakłada pewne uproszczenie, gdyż z całą pewnością dla każdego przedsiębiorstwa istnieje więcej możliwych wyników finansowych niż dwa. Każdy z możliwych wyników lub przynajmniej ich uśrednione grupy muszą być wskazane w planie. Następnie należy ustalić, jakie jest prawdopodobieństwo osiągnięcia każdego z prognozowanych wyników finansowych ($z_1, z_{11}, z_{12}, \dots$), przy czym jeden z prognozowanych powinien być tzw. najgorszym scenariuszem. Zgodnie z poglądami doktryny niemieckiej stan zagrożenia finansowego będzie miał miejsce wtedy, gdy skumulowane ryzyko (prawdopodobieństwo) wystąpienia sytuacji finansowych, w których istnieje niemożliwość do pokrycia deficyt finansowy, przekroczy przynajmniej 50%. Na wyżej wskazanym wykresie sytuacja taka miałaby miejsce przykładowo w razie istnienia deficytu w sytuacji z_1 oraz z_{23} , gdzie p_{11} wynosi 40%, a p_{23} wynosi 50% (wówczas skumulowane ryzyko wystąpienia niewypłacalności wynosi: $p_{11} + p_{12} \cdot p_{23} = 0,4 + 0,6 \cdot 0,5 = 0,4 + 0,3 = 0,7$). Należy zwrócić uwagę na fakt,

zu § 18 InsO, nb. 22.

²⁴ J. Drukarczyk [w:] *Münchener...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 22.

iż powyższy model ma charakter uniwersalny i mógłby zostać przeniesiony na grunt regulacji polskiej, a zarazem wykorzystany w praktyce stosowania prawa przez polskie sądy, które – jak należy podkreślić – nie będą miały możliwości posiłkowania się pomocą biegłych, gdyż ich udział jest w postępowaniach restrukturyzacyjnych wyłączony (stosownie do art. 196 PrRest).

5. Poziom prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności. Metodologia prognozowania niewypłacalności

Kolejną znaczącą kwestią z punktu widzenia metodologii prognozowania ryzyka niewypłacalności jest zagadnienie dotyczące tego, które zdarzenia gospodarcze należy uwzględnić przy ustalaniu, jaka będzie finansowa sytuacja przedsiębiorstwa – tj. pozostając na gruncie zaproponowanego wyżej modelu, przy ustalaniu wartości zmiennych ($z_1, z_{11}, z_{12}, \dots$). Prognozując stan pasywny, zgodnie z poglądami niemieckiej doktryny i orzecznictwa, należy z pewnością wziąć pod uwagę wszystkie zobowiązania, które powstały do momentu sporządzenia prognozy²⁵ (z uwagi na to, że przepis odnosi się do wykonania istniejących zobowiązań). Aby uwzględnić ww. zobowiązania, konieczne jest, aby stały się one wymagalne w horyzoncie czasowym prognozy lub przynajmniej, aby było to bardzo prawdopodobne²⁶. Odnosząc się do świadczeń okresowych wynikających z zobowiązań trwałych, powszechnie wskazuje się, że zobowiązania te należy uwzględnić w prognozie²⁷.

Przechodząc do zobowiązań przyszłych, w kwestii tej brakuje jedności, jeżeli chodzi o stanowisko doktryny. Z jednej strony przepis wskazuje *expressis verbis*, że zagrożenie niewypłacalnością ma dotyczyć zobowiązań istniejących, lecz pozostaje oczywiste, iż w celu uzyskania pełnego obrazu prognozowanej sytuacji finansowej dłużnika należy wziąć pod uwagę także te zobowiązania, które z największym prawdopodobieństwem powstaną w przyszłości²⁸. W związku z tym, według utrwalonego orzecznictwa BGH, należy wziąć pod uwagę te zobowiązania, które z największym prawdopodobieństwem powstaną w horyzoncie czasowym sporządzanej prognozy (np. mogą to być kary umowne, kiedy jest oczywiste, iż będzie istniała podstawa do ich naliczenia)²⁹.

²⁵ W. Uhlenbruck [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 4; wyrok BGH z 29.4.2010 r., III StR 314/09 NZI 2010, 698, 702, ZInsO 2010, 1383.

²⁶ Wyrok BGH z 22.5.2014 r., IX ZR 95/13 NZI 2014, 698, 702, ZInsO 2014, 1326; wyrok BGH z 5.12.2013 r., IX ZR 93/11 NZI 2014, 259, 260, ZInsO 2014, 77; wyrok BGH z 22.11.2012 r., IX ZR 62/10 NZI 2013, 129, ZInsO 2013, 76 – powyższe wyroki dotyczyły, tego czy należy w prognozie uwzględnić obowiązek spłaty pożyczki, która nie była jeszcze wymagalna; BGH uznał, iż kryzys finansowy dłużnika z dużym prawdopodobieństwem spowoduje, iż wierzyciel zażąda wcześniejszej spłaty długu.

²⁷ K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 23.

²⁸ Tak: K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 16; W. Uhlenbruck [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 25; J. Drukarczyk [w:] *Münchener...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 46.

²⁹ Wyrok Bundesgerichtshof z 22.5.2014 r., IX ZR 95/13 NZI 2014, 698, 702, ZInsO 2014, 1326; wyrok BGH z 5.12.2013 r., IX ZR 93/11 NZI 2014, 259, 260, ZInsO 2014, 77; wyrok BGH z 29.4.2010 r., III StR 314/09 NZI 2010, 698, 702, ZInsO 2010, 1383.

Szczególnie interesująca pozostaje kwestia zobowiązań spornych, których wierzyciel dochodzi od przedsiębiorcy w postępowaniu sądowym. J. Drukarczyk wskazał istotny przykład z praktyki amerykańskiej³⁰, w którym to spółka Manville złożyła wniosek o poddanie się dobrowolnej restrukturyzacji, gdyż przewidywała, że zwiększy się liczba pozwów odszkodowawczych przeciwko spółce związanych ze szkodliwymi skutkami azbestu, który spółka produkowała. Sąd amerykański uwzględnił wniosek spółki, przez co umożliwił jej reorganizację oraz zaspokojenie wierzycieli. W tym przypadku przyszłe zagrożenie procesami odszkodowawczymi, z uwagi na wysokie ryzyko ich wystąpienia, zostało uznane za stanowiące zagrożenie niewypłacalnością. Jakkolwiek J. Drukarczyk nie opowiedział się za stanowiskiem popierającym rozszerzającą interpretację § 18 InsO w podobnym duchu, wielu autorów uznaje, że możliwość taka istnieje³¹. Na taką możliwość wskazuje ponadto wymienione wyżej orzecznictwo BGH.

Autorzy wskazują, że *mutatis mutandis* powyższe rozważania należy odnieść także do prognozowania stanu aktywów przedsiębiorstwa³². Z pewnością należy uwzględniać aktywa w postaci środków pieniężnych, jak również ruchomości oraz nieruchomości. Ponadto należy podwyższyć je o przychody przedsiębiorstwa uzyskiwane w toku normalnej działalności gospodarczej. Innymi słowy nie jest możliwe podwyższenie prognozowanego stanu aktywów z przychodów prognozowanych, lecz niepewnych pochodzących z nowych projektów oraz inwestycji. Wreszcie, możliwe jest podwyższenie prognozowanego stanu aktywów o wartość kredytów oraz pożyczek, które przedsiębiorca miałby możliwość uzyskać³³.

6. Horyzont czasowy prognozy

Ostatnią kwestią, która wymagać będzie analizy, jest zagadnienie horyzontu czasowego prowadzonej prognozy. Przedstawiciele nauki prawa niemieckiego zwykle wskazują na pewien określony horyzont czasowy (od kilku miesięcy do trzech lat³⁴). Zarówno W. Uhlenbruck oraz K. Schmidt wskazują, iż wyznaczenie sztywnego okresu prognostycznego jest nie tylko niemożliwe, ale też niepotrzebne³⁵. Wskazani autorzy argumentują słusznie, iż każdy rodzaj działalności gospodarczej posiada swoją specyfikę i że nie byłoby słuszne (biorąc pod uwagę *ratio legis* normy) wyznaczanie jednego okresu prognostycznego, który dla jednych przedsiębiorców może okazać się przecież zbyt długi, a dla innych – zbyt krótki.

³⁰ J. Drukarczyk [w:] *Münchener...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 46.

³¹ W. Uhlenbruck [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 37.

³² W. Uhlenbruck [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 37.

³³ W. Uhlenbruck [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 37; J. Drukarczyk [w:] *Münchener...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 50.

³⁴ K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 27.

³⁵ K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 27; W. Uhlenbruck [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 37.

Niezależnie od powyższego K. Schmidt wskazał ponadto, iż granicą ostateczną jest najpóźniej upływający termin wymagalności zobowiązań istniejących w momencie sporządzenia prognozy³⁶. Na istnienie powyższej granicy wskazuje również orzecznictwo niemieckie³⁷, a tłumaczy ją poprzez wskazanie brzmienia przepisu § 18 InsO, odnoszącego się do istniejących zobowiązań – a zatem wyznaczających pewną granicę dla możliwości okresu prognostycznego sytuacji finansowej przedsiębiorcy³⁸. Warto ponadto zwrócić uwagę, że zwykle dzień wymagalności ostatniego zobowiązania będzie dobrym indykátorem cyklu operacyjnego danego przedsiębiorstwa (duże przedsiębiorstwo przemysłu ciężkiego będzie miało zobowiązania o wymagalności oddalonej w czasie o wiele lat, natomiast mała piekarnia może nie mieć zobowiązań odroczonych o więcej niż o rok). Drugą granicą, o której wspomniał K. Schmidt, jest naturalnie granica zdolności predykcyjnej danej prognozy³⁹, przekroczenie której sprawiłoby, iż prognoza miałaby charakter czysto supozycyjny.

Podsumowując, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo niemieckie nie pozostaje w pełni zgodne co do poszczególnych aspektów zjawiska zagrożenia niewypłacalnością, lecz pozostaje oczywiste, że ich dokonania mogą stanowić punkt wyjścia do systematycznego opisu zjawiska zagrożenia niewypłacalnością na gruncie regulacji polskiej (przy uwzględnieniu wskazanych na początku niniejszego podrozdziału różnic normatywnych), szczególnie w obliczu relatywnie skromnej literatury polskiej w tym zakresie.

7. Wykorzystanie niemieckich koncepcji na gruncie polskiej regulacji

Odnosząc się do metodyki ustalenia ryzyka niewypłacalności, model zaproponowany przez J. Drukarczyk (a omówiony w poprzednim podrozdziale) mógłby znaleźć zastosowanie również na gruncie polskiego postępowania restrukturyzacyjnego. Konieczne zatem, w przypadku oparcia wniosku dłużnika na przesłance zagrożenia niewypłacalnością, byłoby przedstawienie prognozowanego sprawozdania finansowego spółki, w szczególności przewidywanego rachunku zysków i strat na najbliższe lata obrotowe. Na gruncie polskiej nauki P. Zimmerman wskazał, że jest oczywiste, że dowodzenie przez przedsiębiorcę, iż jest zagrożony niewypłacalnością „jest możliwe do ustalenia tylko pod warunkiem precyzyjnego planowania wydatków i przychodów”⁴⁰. Z kolei P. Filipiak oraz R. Adamus sugerują zastosowanie analizy wskaźnikowej, celem wykazania zagrożenia niewypłacalnością.

³⁶ K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 27.

³⁷ Wyrok BGH z 5.12.2013 r., IX ZR 93/11 NZI 2014, 259, 260, ZInsO 2014, 77; wyrok Oberlandsgericht z 21.3.2013 r., XXIII U 3344/12 NZI 2013, 542, 544; wyrok Oberlandsgericht Hamburg z 13.4.2010 r., XXVII 133/09 ZInsO 2010, 1004.

³⁸ K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 27.

³⁹ K. Schmidt [w:] *Insolvenzordnung...*, Kommentar zu § 18 InsO, nb. 27.

⁴⁰ P. Zimmerman [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. P. Zimmerman, Warszawa 2020, komentarz do art. 6.

Z powyższego wynika, iż każdy wniosek dłużnika o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego oparty na przesłance zagrożenia niewypłacalnością powinien zawierać wyżej wymienione dokumenty finansowe (częściowo wymóg ten znajduje podstawę normatywną w art. 10 ust. 1 pkt. 8 PrRest – lecz nie w całości). Istnienie konieczności weryfikacji twierdzeń dłużnika o pozostawaniu zagrożonym niewypłacalnością nie budzi wątpliwości⁴¹. Wskazywana na podstawie 21 lat stosowania analogicznej regulacji niemieckiej możliwość nadużycia prawa poprzez złożenie wniosku o wszczęcie restrukturyzacji w złej wierze dowodzi, iż konieczna jest weryfikacja, czy sytuacja finansowa dłużnika jest na tyle negatywna, że uzasadnia wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego⁴². Oczywiście pewnym zabezpieczeniem interesów wierzycieli jest art. 8 PrRest oraz art. 325 PrRest (zgodnie z pierwszym, postępowanie nie może zostać wszczęte, gdy ma nastąpić z pokrzywdzeniem interesów wierzycieli; zgodnie z drugim z przepisów, postępowanie wszczęte w takich warunkach należy umorzyć). Wydaje się jednak, że ww. przepisy nie gwarantują wystarczającej ochrony. W przypadku bowiem złożenia wniosku o wszczęcie restrukturyzacji w złej wierze, sąd weryfikujący zaistnienie negatywnej przesłanki pokrzywdzenia wierzycieli, bez przeprowadzenia uprzedniej weryfikacji istnienia zagrożenia niewypłacalnością na podstawie wskazanych wyżej dokumentów finansowych (tj. nie tylko rachunku zysków i strat, lecz np. także bilansu), może mylnie założyć, że zagrożenie istnieje. Założenie takie może znacząco wpłynąć na ocenę, czy otwarcie postępowania narusza interesy wierzycieli. Tym samym wydaje się, że w przypadku braku ww. dokumentów sporządzonych i złożonych przez dłużnika sąd miałby dwie ścieżki działania. W pierwszej kolejności – oddalenie wniosku (warto zwrócić uwagę, że jest to jedyne rozwiązanie w przypadku przyspieszonego postępowania układowego, gdyż postępowanie dowodowe, zgodnie z art. 232 PrRest, ogranicza się jedynie do badania dokumentów złożonych wraz z wnioskiem o wszczęcie restrukturyzacji⁴³). Drugą możliwością byłoby przeprowadzenie postępowania dowodowego na podstawie ogólnych przepisów rządzących postępowaniem dowodowym na gruncie kodeksu postępowania cywilnego i wydanie zarządzenia zobowiązującego dłużnika do przedłożenia stosownych dokumentów⁴⁴. Pozostaje oczywiste, że w świetle braku dokumentów

⁴¹ Podobnie: P. Filipiak, *Podstawy...*, s. 74, który wskazał: „Sąd nie powinien bezkrytycznie podchodzić do tych twierdzeń. Istnieje bowiem zagrożenie nadużywania postępowań restrukturyzacyjnych przez dłużników, którzy znajdują się w przyzwolonej sytuacji finansowej, a którzy chcą wyłącznie zredukować część swojego zadłużenia z naruszeniem praw części (mniejszości) wierzycieli”.

⁴² Powyższe rozważania poświęcone są ryzyku wystąpienia sytuacji, w której dłużnik wiedząc, że jego sytuacja finansowa jest relatywnie korzystna, mimo to decyduje się na złożenie wniosku restrukturyzacyjnego na podstawie rzekomego zagrożenia niewypłacalnością.

⁴³ A. Hrycaj, *Pokrzywdzenie wierzycieli jako przesłanka odmowy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego*, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2016, nr 3, s. 90.

⁴⁴ Wydaje się, że w braku wyłączenia takiej możliwości, sąd na etapie postępowania w przedmiocie rozpoznawania wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego może przeprowadzać stosowne dowody. Możliwość ta nie wynika z art. 194 u.p.r., który to przepis dotyczy już otwartego postępowania restrukturyzacyjnego, lecz należy jej poszukiwać w stosowanym odpowiednio na mocy art. 209 u.p.r. kodeksie postępowania cywilnego,

finansowych dłużnika (tj. sprawozdania finansowego oraz prognozy przyszłej sytuacji finansowej), sędzia nie powinien rozstrzygnąć pozytywnie wniosku dłużnika o wszczęcie postępowania restrukturyzacyjnego. *De lege ferenda* należałoby rozważyć, czy nie byłaby zasadna taka modyfikacja art. 10 PrRest, aby w jego ust. 1 pkt. 8, jako elementy planu restrukturyzacyjnego, wskazane były wspomniane dokumenty, a nie jedynie plan zysków i strat (który nie zawiera wystarczających informacji, a ponadto może być łatwo modyfikowany na korzyść dłużnika).

W tym miejscu warto pobocznie przypomnieć, że nie jest oczywiste, czy sąd, nawet dysponując ww. dokumentami, nie musi dokonać ich analizy samodzielnie, bez skorzystania z wiadomości specjalnych. Jakkolwiek bowiem przepis art. 196 PrRest, który wyklucza powołanie biegłego w postępowaniu restrukturyzacyjnym, odnosi się wyraźnie tylko do tego postępowania, a nie do postępowania w przedmiocie otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, to istnieje wątpliwość, czy sądowi wolno byłoby dopuścić dowód z opinii biegłego, podobnie jak jest to możliwe w niemieckim porządku prawnym, aby upewnić się, że istotnie dłużnikowi grozi ryzyko niewypłacalności. Jeżeli zatem ustawodawca miał na myśli ograniczenie dopuszczania dowodu z opinii biegłego także w postępowaniu przed wszczęciem właściwego postępowania restrukturyzacyjnego, to takie rozwiązanie należy ocenić niezwykle negatywnie, z uwagi na fakt, iż istnieje domniemanie, że sędziowie znają prawo – a nie ekonomię. Tym samym istnieje znaczne ryzyko, że sędziowie nie będą w stanie w sposób poprawny przeanalizować danych wynikających z przedłożonych dokumentów, ani zweryfikować ich pod względem prawdziwości. W związku z powyższym postulatem *de lege ferenda* byłoby uchylenie art. 196 PrRest, tak aby umożliwić sędziemu skorzystanie z wiadomości specjalnych biegłego z zakresu finansów i rachunkowości, celem badania przedstawionych przez dłużnika dokumentów. W ocenie autora zaś zasadne byłoby jednak interpretowanie artykułu 196 PrRest w sposób ścisły. Skoro ten oraz inne przepisy zawarte w Tytule I Rozdziale VIII ustawy dotyczą wprost postępowania restrukturyzacyjnego, a postępowanie to wszczęte jest z dniem otwarcia przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego lub postępowania sanacyjnego, to wydaje się, że celem ustawodawcy nie było rozciągnięcie szczególnych zasad i ograniczeń dowodowych wynikających z tego rozdziału na postępowanie poprzedzające wydanie postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego. Tym samym sąd w takim postępowaniu ma możliwość zastosowania art. 278 k.p.c. (na zasadzie art. 209 PrRest) i dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność istnienia przesłanki zagrożenia niewypłacalnością. Naturalnie sąd winien baczyć, że z natury rzeczy rozpoznanie wniosku o otwarcie postępowania powinno nastąpić bezzwłocznie, lecz z drugiej strony sąd ma obowiązek chronić także interesy wierzycieli dłużnika. W ocenie autora nie sposób zaś wykluczyć, że dana sytuacja dotycząca sytuacji gospodarczej dłużnika będzie na tyle skomplikowana, że sąd nie będzie w stanie bez oparcia się o wiadomości specjalne rzetelnie ocenić zasadności wniosku restrukturyzacyjnego oraz skutków jego uwzględnienia dla ogółu wierzycieli.

Odnosząc się do zagadnienia zdarzeń gospodarczych, które należy wziąć pod uwagę przy tworzeniu prognozy niewypłacalności, doktryna polska postrzega tę kwestię

w sposób bardziej liberalny niż doktryna niemiecka. Według P. Filipaka takie zdarzenia, jak przyszła przegrana w sporze sądowym (gdzie wartość przedmiotu sporu jest wysoka), niezdobycie ważnego zamówienia albo odejście istotnej grupy pracowników uzasadniają uznanie, że przedsiębiorstwo znajduje się w stanie zagrożenia niewypłacalnością⁴⁵. Z kolei R. Adamus wskazuje, że dłużnik może powołać się na złą koniunkturę na rynku czy spadek popytu na produkty przedsiębiorstwa⁴⁶. Należy podkreślić, że chociaż powyższe czynniki mogą mieć wpływ na sytuację finansową przedsiębiorcy, twierdzenie, iż w bezpośredni sposób wywołują one ryzyko niewypłacalności byłoby uproszczeniem ułatwiającym nadużycie konstrukcji restrukturyzacji. Warto bowiem przypomnieć, że zagrożenie niewypłacalnością w sensie płynnościowym oznacza zagrożenie, iż przedsiębiorca straci trwale zdolność zaspokajania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Tym samym, czynnikiem, który bezpośrednio wpływa na powstanie zagrożenia niewypłacalnością, jest znaczne ryzyko powstania deficytu, które nie znajduje pokrycia w środkach przedsiębiorcy, które ten posiada, uzyska lub miałby szansę uzyskać. W związku z tym zagrożenie niewypłacalnością zostanie spowodowane przez wskazane przez wspomnianych autorów czynniki tylko wtedy, gdy doprowadzą one do prawdopodobnej zmiany przepływów finansowych o takim charakterze, że wzmiankowany deficyt powstanie. Co więcej, jak zostało już zasygnalizowane, zaistnienie takiej sytuacji musi być przynajmniej bardziej prawdopodobne niż jej uniknięcie.

Należy zwrócić uwagę, że wyżej wskazane czynniki są w znacznej mierze niekwantyfikowalne. W związku z tym należy je inkorporować do prognozy niewypłacalności przez wskazanie, jakie wywołają zmiany w przyszłych przychodach oraz wydatkach (np. można wskazać, że prognozowany spadek popytu o 5% na produkty przedsiębiorstwa spowoduje ok. 5% spadek dochodów przedsiębiorstwa ze sprzedaży; z kolei w przypadku prawdopodobnej przegranej w sporze sądowym należy w pasywach uwzględnić powstanie nowego zobowiązania lub aktualizację istniejącego do wartości żądanej przez przeciwnika procesowego). Wydaje się, że dopiero tak uzasadniony wniosek dłużnika powinien zostać uwzględniony w toku postępowania o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego.

W tym punkcie należy rozstrzygnąć powiązaną kwestię, tj. zagadnienie, które pozycje aktywów oraz pasywów należy uwzględniać w prognozowaniu ryzyka niewypłacalności, która to kwestia nie została omówiona przez przedstawicieli doktryny polskiej. Z pewnością należy uwzględnić zobowiązania istniejące, które z dużym prawdopodobieństwem staną się wymagalne w przyjętym horyzoncie czasowym prognozy (w tym zobowiązania do spełnienia świadczeń okresowych wynikających z trwałych stosunków prawnych) oraz posiadane aktywa, w tym należności oraz ruchomości i nieruchomości, które mogą zostać zbyte. Wydaje się, że należałoby pominąć zobowiązania, których wymagalność nastąpi w okresie, którego prognoza

⁴⁵ P. Filipiak, *Podstawy...*, s. 76.

⁴⁶ R. Adamus [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. R. Adamus, Warszawa 2020, komentarz do art. 6.

nie obejmuje, gdyż nie byłyby one relewantne dla oceny przyszłej sytuacji gospodarczej dłużnika.

Odnosząc się do zobowiązań przyszłych, jak również do przyszłych przychodów przedsiębiorcy – należałoby za doktryną niemiecką oraz BGH przyjąć, iż przyszłe przepływy pieniężne mogą zostać uwzględnione jedynie wtedy, jeżeli ich powstanie jest bardzo prawdopodobne (wydaje się, że należałoby przyjąć standard powyżej od ok. 75–90% prawdopodobieństwa, zależnie od przypadku). Tym samym potencjalne roszczenia odszkodowawcze o spornym charakterze nie powinny zostać uwzględnione w sporządzaniu prognozy. Z kolei roszczenia odszkodowawcze względem przedsiębiorcy co do których istnieje pewność, iż są uzasadnione, a które są lub będą przedmiotem sporu sądowego, należy, jak się wydaje, uwzględnić w analizie sytuacji przedsiębiorcy (ich pominięcie mogłoby skutkować wypaczeniem obrazu stanu finansowego przedsiębiorcy), czego dowodem jest choćby przywołany przykład amerykańskiej spółki Manville. Nawiązując do dochodów przedsiębiorcy, można zauważyć, iż niemiecka koncepcja uwzględnienia co najwyżej tych dochodów, które przedsiębiorca odnosi w normalnym toku działalności gospodarczej, wydaje się zasadna. Można zasugerować, że powyższą koncepcję należałoby zmodyfikować przez przewidzenie możliwości uwzględnienia projektowanych dochodów z ukończonej lub kończącej inwestycji, których uzyskanie jest bardzo prawdopodobne. Wprowadzenie takiej możliwości gwarantowałaby zachowanie symetrii metodologii ustalania stanu pasywnego oraz aktywnego, oferując wierny obraz sytuacji finansowej dłużnika.

Jeżeli chodzi o horyzont czasowy prognozy, podobnie jak przedstawiciele doktryny polskiej na gruncie poprzedników ustawy PrRest oraz PrUpad, jak również wskazani przedstawiciele doktryny niemieckiej, P. Filipiak wskazuje, iż ustawowe pojęcie „niedługiego czasu” należy interpretować *ad casum*. Autor wskazuje słusznie, że dopiero analiza makro- oraz mikroekonomiczna danej sytuacji przedsiębiorcy może wskazać, ile jednostek czasu zawiera „niedługi czas” w stosunku do danego podmiotu. Zgodnie z poglądem autora nie powinno dla wykładni tego pojęcia mieć znaczenie powszechne odczucie, jaki okres jest „niedługi”⁴⁷. W dalszej części wywodu autor wskazuje jednakże, iż okres dwuletni byłby już zbyt długi. Wydaje się, że powyższe stanowisko cechuje pewna niekonsekwencja⁴⁸. Można bowiem wyobrazić sobie przedsiębiorstwo, którego cykl operacyjny trwa dłużej niż 2 lata (przedsiębiorstwo górnicze, przedsiębiorstwo zajmujące się działalnością deweloperską). Tym samym „niedługi czas” określony *ad casum* mógłby potencjalnie trwać dłużej aniżeli 2 lata. Jak się wydaje, maksymalny wymiar pojęcia „niedługiego czasu” należy odnosić do czasu trwania cyklu operacyjnego przedsiębiorcy. Okres prognostyczny powinien być również ograniczony, zgodnie ze słuszną koncepcją K. Schmidta, przez granicę zdolności predykcyjnej danej prognozy (w przypadku, gdy cykl operacyjny trwa kilka lat, lecz prognoza na tak długi okres jest niemożliwa, konieczne jest przyjęcie krótszego horyzontu czasowego). Wydaje się z kolei, że drugie z ograniczeń cza-

⁴⁷ P. Filipiak, *Podstawy...*, s. 76.

⁴⁸ P. Filipiak, *Podstawy...*, s. 77.

sowych prognozy wskazywane przez przedstawicieli nauki niemieckiej oraz BGH – tj. termin wymagalności ostatniego z zobowiązań przedsiębiorcy, nie będzie mieć zastosowania na gruncie regulacji polskiej, ponieważ nie istnieją ku temu podstawy normatywne. Poza tym ustawodawca polski przewidział wymóg „niedługiego czasu”, któremu ww. granica mogłaby nie odpowiadać (np. w przypadku płatności odroczonej o wiele lat). Warto zauważyć, że o ile nie jest niemożliwe przyjęcie, że niedługi okres trwa dłużej niż dwa lata, wydaje się, że w przypadku tak odległej prognozy należałoby wymagać wykazania znacznie wyższego prawdopodobieństwa wystąpienia niewypłacalności niż 50%.

8. Podsumowanie

Jak wynika z powyższej analizy pojęcia zagrożenia niewypłacalnością na gruncie prawa niemieckiego, osiągnięcia niemieckiej doktryny oraz judykatury w tym zakresie mogą okazać się cennym źródłem wiedzy dla praktyki stosowania art. 6 ust. 3 na gruncie prawa polskiego oraz metodyki ustalania zaistnienia stanu zagrożenia niewypłacalnością. W szczególności doświadczenia niemieckie powinny być brane pod uwagę w kontekście przyjęcia horyzontu czasowego prognozowania zagrożenia niewypłacalnością oraz tego, jakie składniki majątkowe oraz zobowiązania powinny być przy prognozie brane pod uwagę. Wreszcie, należy zwrócić uwagę na poziom ryzyka wystąpienia niewypłacalności, potrzebny aby uznać, że przesłanka z art. 6 ust. 3 została spełniona. Wyżej wymienione doświadczenia niemieckie powinny z pewnością być brane pod uwagę zarówno przez sądy – w procesie stosowania prawa, jak i przez ustawodawcę w kontekście ewentualnych nowelizacji ustawy prawo restrukturyzacyjne.

Bibliografia

- Adamus R. [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. R. Adamus, Warszawa 2020.
- Adamus R., *Hipoteka przymusowa a zabezpieczenie należności powstałych po ogłoszeniu upadłości*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 2.
- Adamus R., *Bezskuteczność i zaskarżanie czynności upadłego w Prawie upadłościowym i naprawczym* [w:] *Instytucje prawa upadłościowego i naprawczego*, red. A. Witosz, Katowice 2006.
- Adamus R., *Dług równoległy a dług układowy*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 9.
- Adamus R., *Dochodzenie roszczeń z tytułu czynności upadłego bezskutecznych z mocy prawa*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 16.
- Adamus R., *Materialnoprawne skutki wszczęcia postępowań restrukturyzacyjnych* [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego. Tom 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2020.
- Adamus R., *Problematyka odsetek od wierzytelności układowych po ogłoszeniu upadłości*, „Jurysta” 2012, nr 7–8.
- Brinkmann M., *Der strategische Eigenantrag – Missbrauch oder kunstgerechte Handhabung des Insolvenzverfahrens?*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2014.
- Delaney K.J., *Strategic Bankruptcy*, Los Angeles 1998.

- Drukarczyk J. [w:] *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO Band 1: §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV)*, red. H. Kirchhof, R. Stürner, H. Eidenmüller, München 2013.
- Filipiak P., *Podstawy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego* [w:] *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego. Tom 6*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2020.
- Gottwald P., Uhlenbruck W., Gundlach U., *Insolvenzrechts Handbuch*, München 2010.
- Hrycaj A., *Pokrzywdzenie wierzycieli jako przesłanka odmowy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego*, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2016, nr 3.
- Kirchhof J.H., Stürner R., Eidenmüller H., *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung: InsO Band 1: §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV)*, München 2013.
- Madaus S., *Schutzschirme für streitende Gesellschafter? Die Lehren aus dem Suhrkamp-Verfahren für die Auslegung des neuen Insolvenzrechts*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2014.
- Mueller H.F. [w:] *Insolvenzordnung Band 1: §§ 1 – 55*, red. E. Jaeger, Berlin 2004.
- Schmerbach U. [w:] *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung: FK-InsO*, red. K. Wimmer, Frankfurt 2015.
- Schmidt K. [w:] *Insolvenzordnung. Kommentar*, München 2016.
- Sullivan W.G., Wicks E.M., Koelling C.P., *Engineering Economy*, New Jersey 2015.
- Uhlenbruck W. [w:] *Insolvenzordnung. Kommentar*, red. W. Uhlenbruck, München 2016.
- Zieliński M., Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017.
- Zimmerman P. [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. P. Zimmerman, Warszawa 2020.
- Zimmerman P. [w:] *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Lex./el. 2016.